

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

福祉・医療サービスにおける経営主体に関する考察

著者	伊奈川 秀和
雑誌名	福祉社会開発研究
巻	12
ページ	15-28
発行年	2020-03
URL	http://doi.org/10.34428/00011671

福祉・医療サービスにおける経営主体に関する考察

福祉社会開発センター 研究分担者
東洋大学大学院社会福祉学研究科 教授
伊奈川 秀和

キーワード：経営主体、職業選択の自由、積極的規制・消極的規制、需給調整

1. はじめに

本稿は、福祉・医療サービスを巡る規制論議も踏まえ、経営主体の在り方について考察するものである。その際、経営主体の問題が以下のように複雑系の問題であり、参入規制一つとっても一筋縄ではない問題であることを踏まえた上で検討を加えることにしたい。

(1) 株式会社の参入

株式会社等の営利法人は、現在の経済活動の太宗をなす法人類型である。その特徴は、準則主義による設立の容易さと事業目的の制約の少なさである。また、株主等からの出資による資金調達ができることが、迅速かつ多額の資金集積を容易にしている。その結果として、株主への配当が必要となるものの、規模の経済の追求ができる点で、配当がない非営利法人よりも経済活動には適した法人類型である。

営利法人の代表である株式会社の場合、定款に記載すべき事業の目的に制限はない（会社法27条）。従って、会社法上は、株式会社が福祉・医療サービスを提供することも制限されていない。仮に株式会社等の福祉・医療サービスへの参入を制限するとすれば、職業選択

（営業）の自由（憲法22条）に照らしても、制限が当然というよりも、国民の健康・生命や福祉のような福祉・医療政策上の必要性、ひいては公共の福祉からの規制の必要性及び当該規制の合理性が求められることになる。

しかも、福祉・医療関係の法令も、一律に株式会社等を排除しているわけではない。例えば社会福祉法は、第1種社会福祉事業の経営主体を国・地方公共団体又は社会福祉法人に限定することを原則としながらも（60条）、それ以外の者による事業の実施であっても、許可を条件に認める余地を残している（61条2項）。さらに、第2種社会福祉事業となると、国・都道府県以外の者は、事業の開始・廃止に届出が必要なものの（69条）、株式会社等を除外する規定はない。株式会社等の参入が認められないのは、社会福祉法の特別法としての福祉各法が、別途運用面も含め許認可上の制約を設けているからである。医療の場合にも、類似の状況がある。医療法は、条文上営利法人を完全に排除しているわけではなく、営利を目的とする開設者に対しては、開設許可を与えないことができるという「できる規定」である（医療法7条6項）。実際、限られた範囲では、職域病院のように営利法人立の病院等が存在する。

現実には、福祉各法及びその運用、医療法の運用等を通じて、株式会社等の参入が制限されることになる。その限りでは、株式会社等の参入は、政策判断と立法

政策に依存する部分が大きいことになる¹⁾。

（２）規制の多様性

福祉・医療サービスと株式会社の問題となると、入口の参入規制に目が行きがちであるが、参入段階以外の局面や規制以外の手法にも目を向ける必要がある。つまり、規制についても、資金調達、投資、資金回収といった循環（PDCA）に即して考えるべきであり、時間軸で見れば、以下のように参入→運営→撤退の3段階ということになる。

1）参入から撤退までの規制

多様な規整制度が存在する中にあって、福祉・医療サービスを念頭に置いた場合には、以下のような手法が多用されている²⁾。

まず参入規制としては、事前又は事後の許可、認可、届出等の許認可が存在する。この許認可には、一定の要件が設けられるが、手法としては、主体規制のみならず、人員・設備・構造等の基準の充足といった要件が一般的である。また、主体規制に関しては、自然人であれば、業務独占又は名称独占のような資格要件が求められたり、法人であれば、一定の法人類型であることが要件となったりする³⁾。さらに、許認可に当たっ

て、要件として欠格事由、資産要件等が設けられることもある。

ところで、実施主体という点では、サービス提供を委託等を通じて国又は地方公共団体以外の主体に実施させることがある。その際、委託先等を一定の法人類型等に限定することがあり、この場合には、結果的に参入規制と同じ効果が発生する。もちろん、委託であれば、委託業務に要する費用の支払が発生することから、許認可とは異なる側面がある。これら参入規制と考えられる法制度を類型化するなら、以下ようになる。

①国又は地方公共団体による直轄・直営

例えば、福祉・医療サービスを国又は地方公共団体が国公立施設等を通じて直接提供する場合である。

②国又は地方公共団体以外の主体への委託等

例えば、社会福祉の措置制度における措置委託のほか、地方自治法に基づく指定管理者制度がある。

③国又は地方公共団体以外の主体に係る許認可

例えば、医療法人による病院等の開設に係る許可である。

この3類型の相互関係は、必ずしも排他的ではない。国又は地方公共団体以外の主体に対して許可等を与えて実施されるサービスだけでは、必要なニーズが充足されないことがある。この場合には、国公立の施設等が直轄・直営でもってサービス提供を行うことがある。そのような場合には、国又は地方公共団体とそれ以外の主体とは相互補完的な関係となる。しかし、国又は地方公共団体以外によるサービス提供の形態である委託等と許認可が並列的に存在することは、例外的であろう。何故なら国又は地方公共団体以外の主体が委託等と許認可の両方が併存し、事業者は何れかを恣意的に選択できるのは問題だからである。従って、両者の関係について、何らかの整理が必要となる⁴⁾。

¹⁾ 営利か非営利かの問題については、小島晴洋「企業」岩村正彦・菊池馨実責任編集『社会保障法研究第3号』（信山社、2014年）75頁が医療と福祉の両面から検討を加えている。また、医療法人又は社会福祉法人の非営利性や医療政策との関係からは、新田秀樹『社会保障改革の視座』（信山社、2000年）、島崎謙治『日本の医療 制度と政策』（東大出版会、2011年）、石田道彦『医療法人制度の機能と課題』岩村正彦・菊池馨実責任編集『社会保障法研究第4号』（信山社、2014年）3頁、原田啓一郎「社会福祉法人」同23頁等がある。本稿では、経済社会の変化（立法事実）を踏まえたゴーイングコンサーンとしての経営主体を巡る規制の体系（規範の衝突）に主として関心を置く。

²⁾ 多様な規制手法については、阿部泰隆『行政の法システム（上）【新版】』（有斐閣、1997年）76-184頁；渋谷秀樹『憲法（第3版）』（有斐閣、2017年）291-293頁（内容に着目した参入規制の類型として、放任、届出制、許可制、特許制、国家独占性、全面禁止を挙げている。）

³⁾ 主体規制については、保健衛生上の必要からの警察許可が典型であるが、まさに消極的・警察的目的による規制と、公企業の特許が典型であるが、経済的・社会的役務を国又は地方公共団体以外の主体に委ねることに伴う規制がある。廃棄物処理法の一般廃棄物の処理については、市町村の直営以外に一般廃棄物処理業者の許可と委託

が併存するのは、これに近い。社会福祉における措置制度の下での委託は、社会福祉法人等の委託先を限定しており、その限りでは公企業の特許に近い。

⁴⁾ 直営、委託、許可が併存するのが一般廃棄物処理業である。考え方

次の運営段階の規制としては、配当規制があるが、それ以外にも、運営基準の遵守、記録・記帳の励行、書類の保管等が義務付けられることがある。また、運営段階の規制には、各種義務の遵守を担保するための、勧告、命令、罰則等を伴う行政による指導監督が設けられることになる。参入段階の規制とも関係するが、運営基準で一定の資格者、設備、面積等を義務付ければ、それに対応できない事業者は退出を迫られることになる。需給調整という点では、適正配置のための距離制限以外の保健衛生、福祉等の観点からの基準が事実上の参入障壁となることがある。

最後の撤退段階については、職業選択の自由との関係から規制は謙抑的な傾向があり、届出程度の義務付けに止まることが多い。ただし、社会経済への影響が大きい場合など、公共の利益の観点から、事業の廃止を許可にからせることもある。仮に撤退を一切認めないとするれば、公共の福祉とはいえ、かかる規制は一種の社会的身分を設けるのに近く、幸福追求権等の他の自由権を侵害する可能性もあることから、参入規制以上に問題がある。

このように参入段階以外の運営段階又は撤退段階であっても、それぞれの規制の設計によっては、事実上参入が阻害される可能性はある。つまり、運営又は撤退に関して、強度の規制を課し、それが一定の法人類型にとって受容しがたいものであれば、事業者は参入を諦めることになる⁵⁾。

2) 助成、報酬制度等の持つ規制効果

補助金、融資等による助成は、当然それ自体は規制

ではない。しかし、不採算部門において、助成を受けられないがために事業の実施が難しくなれば、実際上助成が規制と類似した効果を持つことになる。

また、社会保険等の報酬制度は、政策誘導効果を持つことがある。例えば、診療報酬、介護報酬等の福祉・医療サービスに係る報酬制度においては、一定の職員の配置要件や設備要件を満たした場合に報酬が支払われたり、加算が行われることがある。これ自体は対価の問題であり、通常はせいぜい政策誘導の問題と理解される。しかし、要件を満たさなければ減算されたり、報酬が支払われないことから、規制と類似した効果を持つことがある。診療報酬における看護職員の配置に関する7:1基準が医療機関にとっては、規制以上の効果を持ったことは、その典型である。更に診療報酬には、特掲診療料の施設基準等もあり、当該基準違反が指定の取消事由になるとすれば、経済的ペナルティにつながる規制と捉えることができる。

2. 参入問題の本質に関する検討

株式会社等の営利法人の参入は、①福祉・医療サービスの継続性、安定性、公共性等の特徴を意識しながら、経営主体のあるべき論として議論されることが多い。しかし、論点はそこに止まらない。②福祉・医療サービス参入規制により経営主体を限定することにより、薬局距離制限違憲判決で問題となった距離制限よりは直接的に職業選択（営業）の自由を制限しているにもかかわらず、掘り下げた議論が展開しているようには思えない⁶⁾。しかし、経営主体を一定の法人類型に限定

としては、一般廃棄物の処理責任は市町村にあることから、委託の場合も含めて市町村が一般廃棄物の処理の第一義的責任を負うが、市町村による処理が困難な場合に一般廃棄物処理業の許可が出されるという構造となっている（廃棄物処理法6-2条、7条等）。この点に関して、厚生省水道環境部編『廃棄物処理法の解説』（日本環境衛生センター、1996年）A142頁

⁵⁾ 例えば、最二小判平成25年1月11日民集67巻1号1頁で問題となったように、医薬品のネット販売の規制は、薬局の開設許可を得た事業者に対するネット販売の禁止である。しかし、ネット販売を専業とする薬局にとっては、事実上の参入障壁となる。

⁶⁾ 稲森公嘉「医療法に基づく広告規制と憲法21条・22条1項」西村健一郎・岩村正彦編『別冊ジュリストNo.191社会保障判例百選[第4版]』（有斐閣、2008年）22頁は、裁判所（最一小判平成18年12月7日判例集未掲載）が医療法の広告規制に係る営業の自由について緩やかな合理性の基準を適用したことに対して、仮に広告規制が経済的自由の問題であるにしても、厳格な合理性の審査に服すべきとする。このことからすると、最高裁判所も、衛生規制だからといって、常に厳格な合理性の基準を適用するわけではないことになる。

する主体規制は、薬局の距離制限よりは強力な参入規制であり、許認可制度のパーツのみを取り出し、職業選択の自由を論じるのではなく、制度全体を生存権保障と職業選択の自由を両にらみで検討する必要がある。そこで、以下の2点から検討を始める。

（１）経営主体のあるべき論

まず、如何なる経営主体が望ましいかという意味でのあるべき論である。この問題を考えるに当たっては、電気、ガス、水道等のライフラインに関わる公益事業との比較が有益である⁷⁾。電気、ガス、水道のうち水道が市町村が経営することを原則（市町村公営原則）としている（水道法6条）のに対して、電気及びガス事業は特段そのような原則は規定していない。公営電気事業者や公営ガス事業者は存在するが、むしろ民間の株式会社等が数多く存在し、そちらの方が中心である。過去の日本国有鉄道、日本電信電話公社等の公共企業体や郵政の民営化を見ても、法的に特定の組織形態であるべきとの結論を得ることはできないであろう。つまり、公共性や公益性だけで組織形態を論ずることは難しいことになり、福祉・医療サービスも例外ではない⁸⁾。

とはいえ、電気・ガスに代表される公益事業が、全くの自由競争に委ねられているわけではない。地域独占とも関連して、各事業法に基づく供給区域の設定、供給義務等の規制が存在している。その中でも、福

祉・医療分野でも問題となるサービスの継続性、安定性、公共性の観点からは、公益事業における撤退規制及び料金制が重要である。すなわち、公益事業の場合には、事業の開始に当たって許可等の許認可に服するのに加えて、その休廃止の際にも公共の利益の確保の必要性から許認可が義務付けられており（電気事業法14条等、ガス事業法44条等）、これは福祉・医療にとっても重要なサービスの継続性及び安定性の確保手段となる⁹⁾。また、料金については、料金等の供給条件に関する供給等約款が認可の対象となり、総括原価方式により料金が設定されており（電気事業法18条等、ガス事業法48条等）、公共性にふさわしい料金水準が担保されることになる。このような視点は医療、介護等の報酬制度にもみられる。

このほか、公費の投入との関係で、株式会社等の参入に関して問題となるのが配当である。その一方、株式会社からみれば、株価の低下は自己資本又は他人資本による資金調達コストの増大にもつながることから、配当による株価の維持は重要である。しかし、配当政策に会社法以外の縛りがないかといえ、必ずしもそうではない。例えば、日本銀行の場合には、出資持分に対して出資証券を発行しているが、剰余金の処分には財務大臣の認可を要するのに加え、年間の配当率は額面金額の5%未満に制限されている（日本銀行法53条4項）。

以上を整理する。まず、福祉・医療サービスのような公共性の高い市場においては、保険料・税等を財源とする報酬が剰余金の配当により外部に流出することの問題、経営悪化等による安易な撤退が起きる懸念が存在しており、その解決が参入問題の鍵となる。この点、電気・ガス等の公益事業及び日本銀行を参考にするな

⁷⁾ 労働関係調整法では、公衆の日常生活に欠くことのできないものとして、運輸、郵便・信書便・電気通信、水道・電気・ガス、医療・公衆衛生の事業を公益事業としている（8条）。少なくとも医療は、ライフラインとしての共通性を水道・電気・ガスとの間で有している。

⁸⁾ 山田幸男『公企業法（法律学全集13）』（有斐閣、1957年）12頁、207-208頁によれば、福祉・医療サービスも、公益事業と同じように公企業として論ずることができそうである。すなわち、講学上の概念である「公企業」は、狭義には国又は公共団体が直接に社会公共の利益のために自ら経営する非権力的な事業であり、これに特許企業を合わせて広義の公企業と理解されているが、この中には、病院経営という点で医療が入り得るのみならず、児童福祉施設等も入り、更に生活保護のような無償の給付（社会扶助）も非収益的公役務（福祉的公役務）として論じられている。ここで社会福祉の措置制度が行政処分であり、利用者負担も対価ではなく特別な受益者負担であることが問題となるが、山田幸男によれば、その利用関係は、営造物権力による一方的規制の対象であり、特別権力関係ということになる。

⁹⁾ 資源エネルギー庁公益事業部『改訂電気事業法の解説』（通商産業調査会、1988年）89頁は、電気事業について、「休廃止が事由であれば、電気の使用上の利益を著しく害することとなるので、電気事業の公益事業たる性格にかんがみ、公共の利益を確保する措置として、通商産業大臣の許認可を要することとしたものである」と述べている。

らば、以下のような規制が対応策として考えられる。

①許認可基準

設備、運営、役員等に関する厳格な基準の設定による悪質な事業者の排除

②配当規制

剰余金の配当に上限を設ける等の規制による公費財源の不適切な資金流出の防止

③撤退規制

事業の休廃止を行政庁の許認可にかからしめることによる安易な撤退の防止

これらは、許認可の基準が参入段階、配当規制が運営段階、撤退規制が撤退段階に対応している。このように株式会社等の参入に関しては、立法技術上も多様な選択肢が存在しており、如何なる対応をするかは、相当程度まで立法政策に依存することになる。ただし、立法裁量には次に述べるような限界があることには、注意する必要がある。また、主体規制に対して、事業者には一定の義務を課し、許認可、指導監督等を通じて実効性を担保する行為規制の場合には、体制整備のための行政コストを要する。このため、主体規制と行為規制との間には一定の代替性があるとしても、行政コストの問題を考慮に入れる必要がある¹⁰⁾。

(2) 職業選択の自由の制限

立法裁量の限界としてまず問題となるのは、職業選択の自由である。そもそも憲法が保障する職業選択の自由(22条1項)とは、自己の従事する職業を決定する自由であり、そこには自己の選択した職業を遂行する自由(営業の自由)も含まれるとされる¹¹⁾。

自由権を①精神的自由と②経済的自由に分けるとす

れば、職業選択の自由は経済的自由に含まれる。この二分法に基づく合憲性の基準である「二重の基準論」によれば、精神的自由には優越的な地位が与えられており、これに対する規制立法の合憲性は、経済的自由に対する規制立法よりも、特に厳格な基準によって審査されなければならないとされる。逆に言えば、経済的自由の場合には、社会経済政策の実施の一手段として一定の合理的規制措置を講ずることが許容されることになる¹²⁾。

職業選択の自由が社会保障の関係で問題となったのが、薬局の開設許可に関する距離制限の違憲訴訟であった¹³⁾。最高裁判所は、規制に関する立法府の裁量を認めた上で、そこには限界があるとして、概ね以下の判断枠組みとその当てはめから、薬局等の距離制限が職業選択の自由に反するとして違憲判断を下している¹⁴⁾。

[判断枠組み]

①分業社会における規制は、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要すること

②職業選択の自由に対する規制が是認されるかは、規制目的・必要性・内容及制限される自由の性質・内容・制限の程度との比較考量によること

¹²⁾ 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号88頁(小売商業調整特別措置法違反被告事件)

¹³⁾ 薬局の距離制限は、1963年の議員立法による薬事法の改正により導入された医薬品供給適正化のための規制であり、政府提出の閣法による改正ではなかった。提案者の提案理由説明によれば、薬局等の乱立による過当競争が招く経営の不安定化が不良医薬品の供給の危険を増大させること、規制により無薬局地域又は過少薬局地域で薬局の開設促進による薬局等の偏在が是正されることであった。

¹⁴⁾ 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁(行政処分取消請求上告事件)。裁判所は、職業活動の内容・態様という意味での職業活動の自由も含めた職業選択の自由に関して、「狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである」とした上で、「精神的自由に比較して、公権力による規制の要請が強く、憲法二二条一項が『公共の福祉に反しない限り』という留保のもとに職業選択の自由を認めた」ものであり、その内在的制約から各種規制を一律の違憲とするものではないと述べている。また、「規制措置の具体的内容及その必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまらざり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである」として、立法裁量を認めている。しかし、立法裁量にも広狭があり、規制が公共の福祉に適合するか否かは、「規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない」としている。

¹⁰⁾ 伊奈川秀和「社会福祉法人法制についての一考察」九州大学法政研究68(1)(2001年)

¹¹⁾ 芦部信喜『憲法第六版』(岩波書店、2015年)224頁

③消極的・警察的な許可の場合には、職業の自由に対する強力な規制であり、社会政策・経済政策上の積極的な目的の場合と比べて、より緩やかな制限によって目的を達成できないことを要すること

[当てはめ]

④薬局等の許可制は、主として国民の生命・健康に対する危険の防止という消極的・警察的目的のための規制であること

⑤適正配置規制による薬局等の過当競争及び経営の不安定化の防止は、不良医薬品の供給の防止のための手段であること

⑥医薬品については、製造から販売までの厳重な規制、薬剤師法の規制等が存在しており、適正配置規制がなければ、職業の自由の制約と均衡を失しない程度の国民の保健に対する危険のおそれが必要であること

⑦競争激化による経営の不安定化が不良医薬品の供給の危険が相当程度の規模で生じる可能性は観念上の想定に過ぎないこと

⑧指導監督に限界があるとしても、そのことが不良医薬品の供給の危険を招くような事態が相当程度存するとは言えないこと

⑨消費者による不要な医薬品の使用が助長されるとしても、競争激化が主たる要因ではなく、過剰生産、販売合戦、誇大広告等が原因であること

この判決により、主体規制と比べれば制限的ではないにもかかわらず、距離制限が「職業活動の内容及び態様に対する規制」ではなく「狭義の職業の選択の自由そのもの」に対する規制であるとの前提に立って、許認可要件の一基準である薬局の距離制限が職業選択の自由を侵害するとして違憲判断が下ったことになる。その点では、距離制限よりは、より直裁に職業選択を制限する主体規制については、尚一層その是非が問われるべきことになる。それ故、距離制限のような許認可要件だけではなく主体規制も含め、各種規制全体を見据え、かつ、生存権保障との関係も射程に置いた職業選択の自由の議論が必要である。そこで、本稿では、薬局の距離制限問題を、現代の社会保障との関係で捉え直し、更に生存権保障という福祉・医療サービスに係る規制との関係で職業選択の自由の在り方を検討してみたい。

3. 社会保障における職業選択の自由

（1）薬局の距離制限違憲判決の現代的評価

1) 検討の視座

判決が縷々述べる審査枠組みの中で重要な点は、必ずしも消極的規制か積極的規制かといった二分法ではなく、規制による公共の福祉と制限される自由との実質的な比較考量というアプローチが見られることである¹⁵⁾。ただし、薬局の距離制限の場合、距離制限という規制手法には、目的との関係において裁判所を説得できるだけの必要性和合理性が認められなかったことになる。換言すれば、距離制限には、当該規制を是認するだけに立法事実が存在しないということであり、単に薬事法が消極的・警察的目的な規制であることだけの理由ではないことになる。それだけに、判決から時間を経た現在の状況に照らして、改めて距離制限の前提となる立法事実や審査枠組みに検討を加えること無益ではない。

当然、薬局の距離制限の違憲判決は、現在でも重要な判例であることは否定されない。しかし、薬局のみならず医療を取り巻く状況が変化し、医薬分業をはじめ医療サービスに係る法制度も変遷しているという点で、当時とは異なる現在の状況を前提に再考することも否定されるべきではない¹⁶⁾。また、介護保険等の社会

¹⁵⁾ 合憲性の判断基準であるLRA基準に基づく目的手段審査は、消極的・警察的目的の規制に限った話ではなく、積極的・社会経済政策的目的の規制であっても、必要最小限の規制止めるべきことは当然であり、立法に当たっては意識されるべき基準である。

¹⁶⁾ 芦部信喜『憲法第六版』（岩波書店、2015年）228頁は、「公衆浴場の距離制限のように、消極目的規制と考えられたものが、事

福祉立法において、施設等の許認可に総量規制が導入されていることから、参入規制を社会福祉の側で検討する上でも重要である。

まず立法事実及び二分論一般の問題を検討し、その上で社会保障法への二分論の当てはめの問題を指摘する。

2) 立法事実

薬局の距離制限が違憲との判断を受けた理由の一つは、規制が設けられた時代において、規制を設けるだけの立法事実を欠いたことがある。ところが、立法事実は、社会経済状況によって変化していく。その点では、現代の時代状況や法制度を踏まえ、改めて立法事実を検討することも必要である¹⁷⁾。具体的には、現時点で見た場合の立法事実としては、以下の点が指摘できる。

①判決当時と違い、医薬分業が進んだことにより、薬局の業務が大衆薬を中心とする医薬品等の販売だけでなく、調剤薬局として保険調剤、情報提供等の多様な機能を担うようになってきていることである¹⁸⁾。逆に大手ドラッグストア等のチェーンストアの増加には留意する必要があるが、少なくとも薬局だからと一括りにはできない状況が生じている。

②調剤薬局の調剤報酬の不正請求のように薬局乱立による過当競争の弊害が発生しており、それは医療保険財政にも影響することである。もちろん、この点は医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律（薬機法）と健康保険法の何れで対応すべき規制なのかという論点はある。

③距離制限という形ではないにしても、医療計画及びその中の病床規制、過剰病床地域における保険医療機関の過剰病床の指定拒否制度等のような健康保険法による規制が別途登場していることである。その中にあって、調剤薬局も医療法（1-2条2項）の医療提供施設として位置付けられており、医療提供体制において重要な役割を担うようになってきている。

3) 二分論の妥当性

現代において社会政策的・経済政策目的と消極的・警察的目的の区分は、多様な立法とその規制手法からして絶対的なものとは考えにくい。その後の多くの論考も二分論の問題を指摘する¹⁹⁾。もう一つの距離制限である公衆浴場の許可制の場合にも、当該規制の性格付けに変化があったとも解釈できる判決が最高裁判所から出されている。すなわち、1955年1月26日の最高裁判所判決では、「ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましくからざる影響を来すおそれなきを保し難い」と述べ、明示的ではないが消極的・警察的目的規制であるかのように理解できる判決であったのに対して、1989年1月20日の最高裁判所の判決では、距離制限を合憲とするに当たり、当該規制が「積極的、社会経済政策的な規制目的に出た立法」とであると明確に性格付けている²⁰⁾。

さらに、薬局距離制限違憲判決も読み方によっては、社会政策的・経済政策的目的の規制と消極的・警察的目的の規制の区分を念頭に置きつつも、立法政策の合理的裁量に対する制約について、「事の性質上」の広狭

情の変化により、積極目的規制と解されるようになったものもある」と述べている。

¹⁷⁾ 園部逸夫他『社会保障行政法 社会保障と現代行政法』（有斐閣、1980年）743頁は、医薬分業が有名無実化し、調剤を本業とする薬局がほとんどないこと、医療機関の配置の適正化が法制化されていないこと等を挙げて、距離制限が医薬品販売の適正化のための最小限の規制であるとはいえないとしている。逆に言えば、その後の医薬分業の進展、病床規制の導入等からすれば、判決が前提とする立法事実に変化が生じていることになる。

¹⁸⁾ 横田陽吉『薬局等適正配置解説』（高田県治、1963）7-11頁が指摘する薬局の距離制限導入の背景の一つは、スーパーの参入も含めた新規参入を契機とする大衆薬の乱売である。

¹⁹⁾ 高見勝利「薬局開設の距離制限と職業選択の自由－薬事法違憲判決－」大須賀明他編著『憲法判例の研究』（敬文堂、1982年）405頁；戸波江二「職業の自由と違憲審査」法学教室No.174（1995年）26頁；松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準（二・完）－人権基礎づけ論からみた二分論－」民商法雑誌113巻（1996年）6号36頁

²⁰⁾ 最大判昭和30年1月26日刑集9巻1号89頁及び最二小判平成元年1月20日刑集43巻1号1頁。なお、大江正昭「公衆浴場開設の許可制（距離制限）の合憲性－最高裁平成元年一月二〇日第二小法廷判決を素材に－」熊本大学教養部紀要人文・社会科学編25号85-102頁は、制度に改正がないのに距離制限の立法目的を消極的・警察的目的から積極的・社会経済政策的目的に変更することは判例変更であるとして、その問題点を指摘している。

があると述べており、目的と手段との比較考量により裁量統制を行うという立場である²¹⁾。実際、同じ判決の中で裁判所は、「一般に、国民生活上不可欠な役務の提供の中には、当該役務のもつ高度の公共性にかんがみ、その適正な提供の確保のために、法令によつて、提供すべき役務の内容及び対価等を厳格に規制するとともに、更に役務の提供自体を提供者に義務づける等のつよい規制を施す反面、これとの均衡上、役務提供者に対してある種の独占的地位を与え、その経営の安定をはかる措置がとられる場合がある」と述べている。これは講学上の特許との関係では、規制の妥当性を比較考量により判断しているとも理解できる。

3) 社会保障法への二分論当てはめの問題点

二分論は今や絶対的なものではないが、ここでは思考実験として、あえて二分論に依拠して検討してみたい²²⁾。何故なら、二分論による判断枠組みを社会保障に当てはめた場合には、二分論の問題点がより顕著に表れるからである。例えば、医療保険の保険医療機関等の指定等による保険利用組織の規制である。まず、健康保険法が規定する保険医療組織には、保険医療機関等の公共性、診療報酬による価格規制、双務契約に基づく医療の提供義務、保険医療機関等としての独占的地位といった特徴が存在している。その点では、保険医療組織に関する規制は、上記判決が掲げるメルクマー

ルに照らしても、衛生規制とは異なり社会政策的な目的を有している。調剤薬局は、衛生規制である薬機法に根拠を置くとしても、医薬分業の進展もあり、保険薬局の指定により医療保険の保険医療組織に組み込まれている。つまり、医療法の医療機関が健康保険法に基づく保険医療機関の指定を受けた場合と類似の関係である。この点に鑑みると、調剤薬局に限っていえば、病床規制及びそれに紐付けられた保険医療機関の指定拒否制度のように、薬機法ではなく医療保険の側で薬局の適正配置を設ける余地はありそうである。

社会福祉分野の規制にも、類似の問題がある。社会福祉各法が衛生規制のような意味での消極的・警察的目的の立法ではなく、福祉の増進という生存権保障にその目的があることはいうまでもない。ただし、その生存権保障は、介護保険法、障害者総合支援法等の給付法とともに老人福祉法、身体障害者福祉法等の福祉各法が存在しており、給付法又は福祉各法には施設等の許認可が存在している。その点では、社会福祉は、給付行政であると同時に規制行政でもある。それ故、許認可に関連する運営基準等を見る限り、衛生規制に類似した建て付けの部分もあり、社会福祉に係る規制であるから無条件に積極的・社会経済政策的な目的ともいいにくい²³⁾。

現実の制度、とりわけ社会保障制度に組み込まれた規制は、このように衛生規制と社会保険にまたがったり、福祉各法と介護保険のような給付法が交錯することがある。その点では、単独の規制では完結しない複雑系の制度であり、職業選択の自由を論じる場合にも、そのことに注意する必要がある。

²¹⁾ 石川健治「30年越しの問いー判例に整合的なドグマティクとは」法学教室332号（2008年）58頁は、判決が示した立法裁量の統制基準について、それは「二分論」ではなく、「比例原則」であろうとした上で、それは、正当な目的に対して手段が行き過ぎていないか、手段の必要性和合理性を問う過剰規制禁止原則と言い換えることができると述べている。

²²⁾ 薬局の関係では、距離制限から長い時間を経て、ネット販売の禁止が問題となり、医薬品ネット販売の権利確認等請求事件が起きるに至る。第一審判決である東京地判平成22年3月30日判タ1366号112頁では、ネット販売規制の憲法適合性に関して、裁判所は、本規制も消極的・警察的目的の規制であるとしつつ、薬局の適正配置規制以上の規制であるということはできないとする。その上で、規制が合理的裁量の範囲にあるのか、規制の経緯、健康被害の防止との関係等に検討を加え、営業活動の態様に対する代替手段という、より緩やかな制限では規制目的を達成することができないと述べている。判決を見る限りでは、二分論というよりも、立法事実に即した総合的な判断を下しているといえる。

²³⁾ 介護保険法と子ども・子育て支援法が典型であるが、社会福祉が措置制度から転換し、給付費の支給との関係での指定や確認の制度があるにもかかわらず、特別養護老人ホーム、保育所等の認可制度は残されている。措置制度の下での認可は、措置費対象施設の認可という意味合いであったが、財源保障が切り離されたことにより、同じ認可でありながら、規制行政としての色彩が強くなったといえる。実際、社会福祉法が規定する社会福祉事業に係る許認可は、必ずしも措置費を前提していない。その点では、衛生規制とは同列に論じられないものの、福祉の増進といった法益実現のための規制ということになろう。

（２）多様な規制手法に即した検討の必要性

職業選択の自由が、狭義の職業選択だけではなく職業活動の自由も含むとすれば、職業選択の自由に対する規制の方も、尚一層多様な手法があり得ることになる。また、規制が仮に消極的・警察的目的であったとしても、需給調整に影響を及ぼすことから、需給調整という問題意識からは、規制の手法も含めて検討する必要がある。

これまで、社会政策的・経済政策目的と消極的・警察的目的の二分法以外にも、規制改革に関連して、経済的規制と社会的規制のような区分も存在してきた。しかし、公衆浴場の距離制限に即して言えば、営業が立ちゆかなければ、衛生水準の低下を招くことからしても、衛生と経済は密接につながっており、実際の規制には、二分法では割り切れない部分がある。

さらに、補助金の交付等のような助成は、それ自体は規制でないとしても、助成がなければ、競争関係で不利な立場に陥ったり、最終的に市場から撤退せざるを得なくなることもあり、助成が参入障壁という点で規制と類似の効果を持つことがあり得る。その点では、既に述べたように①規制だけではなく②助成も含めて、需給調整の観点から複眼的に考察を加える必要がある。

（３）規制による既得権保護

規制は、その方法によっても異なるが、許認可を通じて新規参入が抑制される場合には、結果的に既存事業者等の保護につながる点で、当該許認可は必然的に需給調整機能を有することになる。言ってみれば、規制が既得権保護の手段となるわけである。参入から撤退までの規制の整合性を考えた場合には、仮に参入規制の反射的利益として、既存事業者等が保護されるにもかかわらず、既存事業者等が自由から撤退できるということは、参入と撤退の均衡を欠くことになる。

この点、医療計画等の需給調整は、新規参入が制限

される一方で、既存の病院等の撤退は、休廃止の届出で済むことになっている（医療法8-2条）。實際上、休廃止が地域医療に及ぼす影響の大きさを踏まえても、参入規制と撤退規制との間で均衡を欠いている。福祉サービスについても、介護保険等の総量規制の形で需給調整が行われているが、介護老人福祉施設の休廃止が指定の辞退（介保法91条）、介護老人保健施設及び介護医療院の休廃止が届出制（同99条2項、113条2項）となっている。ただし、社会福祉法人立の特別養護老人ホーム及び養護老人ホームについては、老人福祉法が休廃止を認可にかからしめている（16条3項）。この結果老人福祉法の場合には、措置制度が原則的な利用形態でなくなった現在でも、参入と撤退の両段階において認可を義務付けていることになる。このことからすれば、他の福祉・医療サービスにおいても、何らかの理由から参入のみならず撤退段階でも届出より強い許認可を設けることは考え得ることになる。

ただし、社会保険や個人給付方式の場合の事業者等の指定等については、更に検討を要する²⁴⁾。まず医療保険の場合には、保険医療機関等の厚生労働大臣による指定には処分性があるとしても、公法上の有償の双務契約が存在していると解すべきであろう²⁵⁾。何故なら、指定は、あくまで保険医療提供の対象となる医療機関等を画定するための保険者事務であり、元来各保険者の権能であるところ、保険者が分立しているがために、厚生労働大臣が各保険者に代わって行う行政処分であるからである。実際、保険者には、厚生労働大臣とは別に指定権限が付与されている（健保法63条3項2号）。また、保険医療機関等の指定は、医療機関等の申出を待って指定が行われ、特段の理由がなくとも6年で

²⁴⁾ 菊池馨実『社会保障法〔第2版〕』（有斐閣、2018年）392頁は、近年の裁判例から、保険医療機関指定の行政処分性（形成的な行政行為）について論じている。また、介護保険の事業者指定については、公募指定制との関係で形成的行為の性格を帯びるに至ったと述べている（同書483頁）。

²⁵⁾ 伊奈川秀和『＜概観＞社会保障法総論・社会保険法』（信山社、2018年）191頁

効力を失うという更新制を設けている。さらに、保険医療機関等から契約の解消を申し出ることも可能であり、健康保険法上も、予告期間を設ける必要はあるものの許可や認可ではなく指定の辞退に止まっている（79条）²⁶⁾。そして、このような契約という性格に即した理解は、保険者の側で過剰病床等の指定を拒否できることもとも整合的である。これに対して、介護保険の指定は、契約ではなく確認行為であると解されており、子ども・子育て支援法は実定法上の用語は「確認」である。総量規制が導入された現在、介護保険等の指定を確認行為ではなく契約と解することができるかが問題となる。法定代理受領とはいえ、現金給付であることと契約とはなじまないと考える。このような確認行為の場合には、介護保険3施設の休廃止についても、指定の辞退や届出より強い許認可を設けること難しいと考える。

4. あるべき社会保障の規制の判断枠組み

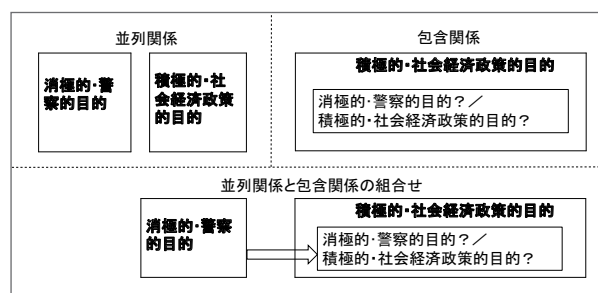
（1）社会政策・経済政策的目的の射程

1）積極的規制と消極的規制の二分論

規制の性格を考える上では、薬局の距離制限で問題となった社会政策・経済政策的目的とは、そもそも何かが重要である。この点に関して、小売商業調整特別措置法違反被告事件の最高裁判決は、福祉国家的理想の下での生存権保障に言及した上で、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図ることが社会政策・経済政策的目的であることを示唆している²⁷⁾。

その限りでは、社会保障立法は、社会政策・経済政策的目的の法律である。問題は、生存権の保障という社会政策的な立法の中に設けられた規制が消極的・警察的な目的である場合である。この問題は、次の2類型に分けて考える必要がある（図1参照）。

図1 消極的目的と積極的目的の関係性



①法律全体としては積極的目的の社会政策立法であったとしても、その法律の中に規制が存在している場合に、当該規制もそもそもの社会政策的な法目的から積極的・社会経済政策的目的の規制としての合憲性の審査に服するののかという問題が一つである。例えば、介護保険は、国民の保健医療の向上及び福祉の増進を目的とするが、介護老人保健施設及び介護医療院に関する許可制度が存在しており、両施設には総量規制が及

違反被告事件）は、「憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものということができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なつて、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり、国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきであつて、決して、憲法の禁ずるところではないと解すべきである。もつとも、個人の経済活動に対する法的規制は、決して無制限に許されるべきものではなく、その規制の対象、手段、態様等においても、自ら一定の限界が存するものと解するのが相当である。」と述べている。判決を見る限り、この場合の生存権とは、国民一般ではなく対象事業者の生存権が念頭にあることには、留意する必要がある。個々の事業者の生存権保障を社会政策・経済政策的目的とするのであれば、国民全体の生存権も同様と考えられよう。

²⁶⁾『健康保険法の解釈と運用』（法研、2017年）604頁

²⁷⁾ 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号88頁（小売商業調整特別措置法

ぶことをどう考えるかである。

②消極的・警察的目的の法律の規制が、積極的・社会経済政策的目的の法律の中の規制に接合する場合に、後者の規制は消極的・警察的目的と積極的・社会経済政策的目的の何れの規制として合憲性の審査に服するのかという問題が更にある。例えば、医療法の病床規制による過剰病床は、健康保険法の保険医療機関の指定の際の指定拒否事由となっており、両法の規制が結びついており、仮に医療法を消極的・警察的目的の規制と捉えるならば、健康保険法という積極的・社会経済政策的目的の法律の中の保険医療機関の指定は如何なる性格の規制かという問題である。

この点、保険医療機関の指定拒否に関する裁判例によれば、「医療計画は医療資源の効率化を図ることを目的にしたもので、医療費の抑制あるいは医療保険の健全な財政運営を目的にしたものではない」ことから、私人の病院開業の自由（職業選択の自由）との関係で過剰病床の場合であっても、病院開設等の不許可ではなく勧告に止まっている²⁸⁾。これに対して、同じ裁判所は、保険医療機関の指定については、健康保険制度の生存権保障のための制度であり、限られた保険財源で運営される制度において医療費適正化等の観点から指定拒否は「合理的でやむを得ない制約」とであると判示している²⁹⁾。特に注目すべきは、医療法との関係では、裁判所は職業選択の自由を認めているのに対して、健康保険法との関係では、「保険医療機関の指定を受ける

地位は営業の自由に準じて保障すべき」ものとしており、あえて「準じて」と述べていることである³⁰⁾。また、保険医療機関の指定拒否制度については、最高裁判所は、公共の福祉の観点からの必要かつ合理的な措置の合憲性を認めた小売商業調整特別措置法違反被告事件判決（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁）を引用しながら、職業選択の自由に違反するものではないと判示している。この限りでは、裁判所は健康保険法の規制である保険医療機関の指定制度を積極的・社会経済政策的目的と位置付けていると言える。

保険医療機関の指定制度の場合には、消極的・警察的目的の病床規制がそのまま積極的・社会経済政策的目的の健康保険法の規制に転用されることによる問題が顕在化した。これに対して、介護保険法等の指定制度における総量規制は、積極的・社会経済政策的目的を持つと考えられる法律の中での規制である。総量規制の指定拒否等の要件は、基本的に施設の定員等の増加により、事業計画等の達成に支障が生じることである（介保法70条4・5項、94条5項等）ことから、規制目的には地方公共団体の事業計画等が関係してくることになる。事業計画等には、様々な目的の実現が盛り込まれているが、ニーズに即した必要なサービスの確保とともに、保険料等による財政の均衡を実現するという側面がある³¹⁾。従って、積極的・社会経済政策的目的の法律に組み込まれた総量規制等の規制は、法律の目的である積極的・社会経済政策的目的の実現のための手段であると解することができる。

²⁸⁾ 福岡高判平成13年10月30日裁判所ウェブサイト

²⁹⁾ 判決は、次のとおりである。「健康保険制度は憲法25条が定める国民の生存権を保障するための1施策であり、医療機関の経営を保障する制度ではないことに照らすと、憲法22条の営業の自由は、病院開設者に対し保険診療をできる地位まで保障しているものではないと解するのが相当である。確かに、我が国においては、国民皆保険となり、美容整形、漢方医学等を除き、保険医療機関の指定のない病院はその経営が成り立たないのは公知の事実といえる。そこで、国民皆保険制度のもとで保険医療機関の指定を受ける地位は営業の自由に準じて保障すべきであると解されるにしても、前記のとおり、限られた保険財源で運営する健康保険制度において医療費の適正化等を図る観点から、医療計画の達成に過剰ないし不必要な医療機関に対し、保険診療を担当させることが『著しく不適当』としてその指定を拒否することは合理的でやむを得ない制約というべきである。」

³⁰⁾ 上告審である最一小判平成17年9月8日では、保険医療機関の指定拒否処分が、「公共の福祉に適合する目的のために行われる必要かつ合理的な措置といえることができるのであって、これをもって職業の自由に対する不当な制約であるということとはできない」と判示している。その点では、最高裁判所は、保険医療機関についても職業選択の自由を認めている。

³¹⁾ 介護保険法において、都道府県の介護保険事業支援計画及び市町村の介護保険事業計画の拠り所となる国の基本指針は、「保険給付の円滑な実施」の確保が目的であり（116条1項）、計画期間が保険料の見直しと同じ3年になっており、そこには保険制度の安定的な運営という積極的・社会経済政策的目的が存在している。

2) 二分論の境界

憲法の職業選択の自由を巡る議論においても、消極的・警察的目的と積極的・社会経済政策的目的の二分論の問題が指摘されている。例えば、「新規参入業者の営業の自由」は、小売商業調整特別措置法違反被告事件で問題となった「既存小売業者の生存権的な営業利益」との関係では劣後するのに対して、薬局の距離制限事件で問題となった「国民の生命、健康に対する危険の防止」との関係では優先することは、結果的に同じ生存権でも既存小売業者の営業利益（経済的生存権）の方が国民の生命・健康（健康権）よりも優位に立たせるという価値判断や経済主義という判例イデオロギーが存在するという問題指摘である³²⁾。確かに、国民の感覚からすれば、国民の生命・健康に対する規制の方が経済規制よりも専門性が高く、立法裁量により適時適切に厳格な規制が課されるべきであるという考える方が一般的であろう。

しかし、社会保障から二分論の問題を見た場合には、このような問題に加え、薬局の距離制限、医療法の病床規制等の衛生規制が一律に消極的・警察的目的の規制と言い切れるかという、以下のようにより根源的な問題がそこには潜んでいる。

①共通目的としての生存権保障

社会保障制度審議会の1950年勧告のみならず、憲法25条2項も、公衆衛生を社会保障又は生存権保障の柱に位置付けており、社会保障又は生存権保障が積極的・社会経済政策的目的を有する福祉国家実現のための施策であるとすれば、衛生規制だからといって消極的・警察的目的の規制ということには、矛盾があることになる。つまり、積極的・社会経済政策的目的を実現するために、消極的・警察的目的の規制が用いられることがあるからである。生存権保障を実現するに当たって、給付行政と規制行政の何れを選択するかは、立法政策

に依存する部分が大きく、給付行政の中に規制行政が組み込まれることもある。そうなると、消極的・警察的目的の規制だからといって、司法審査になじみやすいとは言いきれなくなる。

②規制の積極的・社会経済政策的目的化の可能性

逆に全ての社会保障立法における規制が積極的・社会経済政策的な目的かといえば、それも疑問である。医療関係であれば国民の保健医療の向上や健康の保持・増進、社会福祉関係であれば国民の福祉の増進などが法目的として規定されており、文言上は積極的な政策実現を企図している。その結果、社会保障であれば、およそ全ての法律が積極的・社会経済政策的目的ということになりかねない。

③適時対応型規制と常時対応型規制

規制には、社会経済の変動に応じて適時適切に発動し、必要に応じて見直すべきもの（とりあえず「適時対応型規制」と表現）と、社会経済状況の変動に関わらず恒常的又は安定的に維持すべきもの（とりあえず「常時対応型規制」と表現）がある。社会経済的目的の規制には、適時対応型規制が多いのは当然であるが、感染症対策が典型だが衛生規制の中には適時適切な対応が求められる場合があり、全てが常時対応型規制とはいえない。積極的・社会経済政策的目的の規制が立法裁量に委ねられるのは、それが社会経済政策だからではなく、適時適切な対応という点で司法審査になじみにくいことがありそうである。消極的・警察的目的の規制であったも、適時適切な対応が必要なものであれば、司法審査にはなじみにくく、立法政策が優先すると考えるべきである³³⁾。

以上の点からして、積極的・社会経済政策的と消極的・警察的目的ということを画一的なメルクマールとす

³²⁾ 棟居快行『人権論の新構成』（信山社、2008年）215-224頁

³³⁾ 戸波江二「職業の自由と違憲審査」法学教室No.174（1995年）29頁は、規制緩和が叫ばれている現代の社会状況を踏まえれば、経済政策をあげて立法裁量に委ねる積極目的規制論はもはやとりえず、国会・政府が選択した経済施策は、それが妥当でないとしても当否の問題であるとの趣旨のことを述べている。

るのではなく、規制の性格や内容に応じて、必要性・合理性、目的と手段の均衡との関係で合憲審査を行うことが望ましい。結論的には、何れの規制であっても、立法事実に即して規制の必要性・合理性、目的と手段との均衡を判断することが必要ということであり、これは消極的・警察的目的の規制を違憲審査から外すことを意図するのではない。

(2) あるべき判断枠組み

現実の制度は、消極的・警察的目的か積極的・社会経済政策的目的とは単純に二分できないばかりか、実際の規制は給付行政と規制行政が絡み合う構造になっている。これが前述の1)と2)の検討のポイントである。

社会保障において、二分論ではなく規制の必要性・合理性、目的と手段との均衡を踏まえた判断を行うに当たって重要なのは、規制を行うことによって、国民の如何なる権利が保護・実現されるのかということを生存権保障全体として捉えることである。例えば、規制を行わずサービスが無秩序に増大すれば、サービスの偏在を引き起こすのみならず、その負担を国民が負うことになり、負担面において国民の生存権が脅かされるかもしれない。それ故、量の問題のみならず資源の効率的・効果的な投入という供給面とともに、保険料・税等の負担面での適正化等の国民の利益も考える必要がある。その点では、高度の政策判断を要することになる。

以上を踏まえ、司法審査に関して考え得る判断枠組みを提示するならば、以下のとおりとなる(図2のB)。

①規制することによって実現すべき権利と規制により制限を受ける権利とに分けて考える必要がある。典型的な場合としては、実現すべきは国民の生存権の保障であり、制約されるのは経済的自由権(参入規制の場合の職業選択の自由等)や精神的自由権(広告規制の場合の表現の自由)のような自由権である。ただし、負担問題に見られるように、給付の拡大が負担増を招き、結果的に生存権が生存権を脅かす可能性もある。

②目的を積極的・社会経済政策的と消極的・警察的に分けるとしても、截然と分かれるのではなく、消極的・警察的目的の規制を通じて積極的・社会経済政策的目的を実現する場合がある。重要なのは、目的との関係で規制が必要・合理的であり、目的と手段である規制との均衡がとれているかであり、それは立法事実に即して判断される。

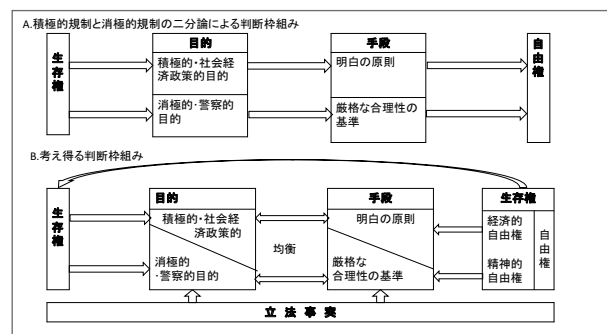
③手段としての規制は、経済的自由権と精神的自由権に分ける二重の基準論に即して緩やかな基準又は厳格な基準(LRA等)により判断される。

④その点では、積極的・社会経済政策的目的又は消極的・警察的目的という規制目的の区分と「より制限的でない他の選ぶ手段」(LRAの基準)に関する二重の基準論という人権の区分とは、別次元の議論である。

⑤規制を目的と手段に分けた場合には、両者の均衡が確保されているかが立法事実に即して判断されることになる。

この判断枠組みからすれば、薬局の距離制限を違憲とするに当たって、裁判所がLRAの基準を想起させるような「よりゆるやかな制限」に言及したのは、社会政策・経済政策的目的の規制であれば出てくる立法裁量論を超えるためであって、消極的・警察的目的の規制と位置付けることにより、規制の必要性和合理性、目的と手段の均衡という実質的なレベルでの合憲性判断に踏み込み、妥当な結論を導くためであったとも理解できる。

図2 職業選択の自由の判断枠組み



5. おわりに

需給調整の必要性は、福祉・医療サービスの様々な場面で高まっている。福祉・医療サービスの需給調整という点では、マンパワーの問題があり、地域や時代によって過少と過剰が入り混じる事態が発生している。医師については、地域偏在が問題となる中で、医療計画の中の医師確保計画、地域医療対策協議会等の対策が講じられているが、その一つが医学部の地域枠のような医師養成の開始時点に着目した対応である。地域枠の背景には、医師の偏在があるが、医師の開業場所を強制することは、自由開業医制との関係で困難であるだけでなく、職業選択の自由への抵触の問題を喚起することがある。

このような専門職養成の議論には、常に職業選択の自由の問題が内在しており、医師に限定される問題ではない。例えば、柔道整復師の養成施設の関係である。柔道整復師養成施設指定申請に対して、過剰供給を理由に厚生大臣が行った指定拒否処分が裁判所によって取り消され、それ以降養成施設が増加したことはつとに有名である³⁴⁾。裁判所は、指定基準を満たしている場合に指定を拒否する規定がないことから、裁量権の逸脱を理由に挙げているが、被告は、柔道整復等営業法が制定の経緯から社会政策立法としての性格を有することを主張している。確かに養成施設の指定に関して、需給調整を根拠付ける規定は存在しないが、このような行政の運用や主張の根底には、過剰供給が医療費の増大に繋がり、ひいては国民の負担に跳ね返ることへの懸念がある³⁵⁾。逆に介護福祉士の養成施設の入学者のように過少供給もあったりすることから、専門職の養成には過剰と過少の両脱みでの需給調整規定が本来必

要となる。ところが、伝統的な衛生規制の体系をとる資格法は、必ずしも法律が社会政策立法に相応しい建付けになっていないことに問題の本質がある³⁶⁾。

その点では、専門職の養成のみならず福祉・医療サービスの様々な局面において需給調整に関する仕組みを検討する必要性が高まっていることになる。

薬局の距離制限、保険医療機関の指定拒否等の制度において、職業選択の自由が問題となるのであれば、主体規制はより直接的な参入規制であり、立法事実も含め、その正当性が強く問われることになる。すなわち、営利法人の参入規制との関係でいえば、当該規制の目的と手段との関係が問題となる。仮に規制緩和や職業選択の自由のような自由を重視するロジックに対して、主体規制を通じて守ろうとする価値が重要であるならば、それ相応の理論が求められることになる。

なお、本稿は、JSPS科研費18G0130の助成を受けた研究成果の一部である³⁷⁾。

³⁴⁾ 福岡地判平成10年8月27日判タ987号157頁

³⁵⁾ 判決にでも指摘されているが、あんまマッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律では、視覚障害者のあんまマッサージ指圧師の資格取得者の生計の維持が困難とならないよう学校・養成施設の承認をしないことができるようになっている（19条）。この限りでは、資格法で需給調整規定を置くことはあり得ることになる。

³⁶⁾ 柔道整復師についてであるが、屋宮憲夫「柔道整復師養成施設の不指定処分取消事件」公正取引578号64頁は、整復師の適正数の維持とその養成施設の制限が論理的に直接結びつくものではなく、競争政策上も問題が多いことを指摘する。

³⁷⁾ 本稿については、2019年11月16日の東京社会保障法研究会において報告を行っており、その際出席者の方から有益な助言や示唆をいただいたことに感謝申し上げます。